

EL RETRASO EN LA LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN NO ES INCUMPLIMIENTO ESENCIAL SI YA ESTÁ SOLICITADA Y EL PROMOTOR PRUEBA QUE SE CUMPLEN LOS REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN¹

M^a del Carmen González Carrasco
(maria.gonzalez@uclm.es)
Profesora Titular acreditada a
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Según las SSTs 10.9.2012 (JUR 2012/377711), 8.11.2012 (JUR 2013\104090), 11.3.2013 (JUR 2013/99429):

[...] La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato

[...] Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

[...] Examinadas dichas circunstancias,no puede ser obligada a escriturar y a cumplir con su parte del contrato cuando subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia de primera ocupación, al no haber logrado, como le

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

incumbía, disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento».

[...]De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

Cuestiones:

I. ¿Por qué la falta de licencia de primera ocupación puede considerarse un incumplimiento esencial del contrato de compraventa de la vivienda?

El objeto de esta licencia es el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obras, así como la conformidad de la edificación realizada con el proyecto que sirvió de base para otorgar la licencia de obra. Basándose en el art. 21.2 d) Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (v. también art. 32 de la Ley de Valencia 3/2004), el TS entiende que también se debe fiscalizar «si el edificio puede habilitarse para el uso pretendido por estar en zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad» [SSTS Cont.-Adm. 22.12.1976 (RJ 1976, 6034); 7.2.1984 (RJ 1984, 1034); 27.3. 1991 (RJ 1991, 2021); 14.12.1998 (RJ 1998, 10102); 21 .7.2001 (RJ 2001, 9885).

Además, en muchas normas autonómicas la licencia de primera ocupación es un requisito para contratar los suministros de energía eléctrica, agua, gas y telefonía. En algunas CC AA la compraventa y el arrendamiento de viviendas terminadas requiere el previo disfrute de la licencia de primera ocupación (v., por ejemplo, art. 17 de la Ley de Valencia 8/2004). Y en las declaraciones de altas o alteraciones catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana consistentes en nuevas construcciones, ampliaciones, reforma o rehabilitación, debe adjuntarse la licencia de primera ocupación o el certificado final de obra [art. 3 A) RDG Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de 18 diciembre 1995, BOE 26.12].

La ocupación sin licencia permite a la Administración impedir la continuación en el uso y requerir la solicitud de licencia en el plazo de 2 meses (cfr. art. 29 Reglamento de Disciplina Urbanística). A salvo de lo que prevea la legislación autonómica, la ocupación sin licencia constituye, además, una infracción urbanística sancionable

con multa del 1 al 5% del valor de la obra, si la ocupación es legalizable, sanción de la que responden el ocupante y quien entrega las llaves cooperando en la infracción [STS Cont.-Adm. 30.7.1987 (RJ 1987, 7698)].

A lo anterior hay que añadir que el Real Decreto Ley 8/2011 ha modificado el art. 20 TR de la Ley del Suelo (RDLeg 2/2008), impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación.

Por todo lo anterior, la jurisprudencia civil ha entendido que la entrega de un inmueble sin licencia de primera ocupación es causa de resolución ex art. 1124 CC, en relación con todos aquellos contratos en los que se transmita el dominio de la vivienda o local [cfr. 3.6.2003 (RJ 2003, 5331); 13.2.2007 (RJ 2007, 716); 19.4.2007 (RJ 2007, 2072)] o el derecho de uso de los mismos (típicamente, el arrendamiento, cfr. arts. 1554.1º y 3º y 1556 CC), aunque la falta de obtención *no se haya pactado expresamente como causa de resolución*².

Según afirma la STS 11.3.2013 citada, el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia y que, en cambio, el promotor-vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas.

En definitiva, porque en el caso de ser provisional, la demora en la obtención de la licencia puede impedir de forma prolongada el acceso a los suministros que hacen habitable la vivienda según la normativa autonómica de aplicación (equivaliendo entonces a la falta de entrega material), y si es definitiva, determina, como afirman

² Ha de aclararse que el hecho de que la licencia de primera ocupación deba ser otorgada por el Ayuntamiento no impide que el incumplimiento sea imputable al vendedor, pues el comprador es tercero en el procedimiento administrativo relativo a la licencia. Por ello el vendedor está obligado a pagar, en su caso, la cláusula penal prevista para el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación de entrega del edificio con las autorizaciones requeridas para ocuparlo [cfr. STS 3.11.1999 (RJ 1999, 8259)]. Además, si, ante las irregularidades administrativas, el interesado en la compraventa del inmueble decide no celebrar el contrato, deberá devolverse lo que, en su caso, entregara en concepto de arras penitenciales [SAP Cantabria 26.9.2002 (JUR 2003, 8507)].

las sentencias objeto de esta nota, la no incorporación al patrimonio del adquirente del derecho de utilización de la misma.

II. ¿Qué aporta la doctrina que encabeza estas líneas a la línea jurisprudencial seguida con anterioridad?

Decir que la entrega sin licencia de primera ocupación es un incumplimiento esencial de cara a la resolución equivale a decir que la entrega en dichas condiciones equivale a una no entrega. Esto es, que la falta de licencia de primera ocupación no es en sí un incumplimiento accesorio. Pero para que dicho incumplimiento “esencial” conduzca a la resolución contractual es preciso, además, que pueda considerarse *definitivo*. Según la jurisprudencia consolidada en materia de incumplimiento resolutorio, un retraso razonable en la obligación de entrega *no sintomático de incumplimiento definitivo no es incumplimiento esencial a efectos resolutorios (art. 1.124 CC), máxime cuando puede ser convenientemente compensado con la correspondiente indemnización y el mismo se debe a leves retrasos en las resoluciones administrativas de permisos y licencias*. Por lo tanto, tampoco lo será la entrega defectuosa que se encuentra en vía de subsanación o que pueda ser subsanada en un plazo razonable, máxime cuando el promotor ha cumplido ya generalmente con los trámites conducentes a tal fin, y el retraso en la concesión municipal permanece fuera de su esfera de control (STS de 12.4.2011; RJ 2011, 3454). Hasta aquí lo que cabría derivar de la aplicación de la doctrina general del incumplimiento resolutorio a la entrega (o voluntad de entrega) sin licencia de primera ocupación. Y esta y no otra es la idea que se desprende de la matización que realizan las sentencias citadas en el encabezamiento de este comentario: el retraso en la obtención de la licencia no es incumplimiento resolutorio cuando la misma haya sido solicitada y no existan razones fundadas para pensar que la misma será denegada por incumplimiento de los requisitos que con carácter reglado se exigen para su concesión.

Pero de conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado (STS 10.9.2012, argumento reiterado por las siguientes).

III. ¿Cómo se combina esta doctrina con el régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción?

La anterior doctrina se compadecía mal con la forma habitual de resolver el contrato de compraventa de vivienda, consistente en la voluntad implícita en tal sentido contenida en el requerimiento al promotor y al garante para la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

A tenor de lo dispuesto en la Ley 57/1968 y DA Primera LOE, la resolución del contrato procede en términos estrictos, cuando la vivienda no se inicia o entrega en el tiempo estipulado o no se obtiene la cédula de habitabilidad. El art. 2 de la Ley 57/1968 a la que la DA Primera LOE se remite, establece la obligación de devolver las cantidades en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad (sustituida en la actualidad por la licencia de primera ocupación en la práctica generalidad de las CCAA). Concedida la autorización administrativa, se cancelarán las garantías constituidas para su devolución.

Desde la entrada en vigor de la Ley 57/1968 era una cuestión pacífica - que la DA Primera LOE no vino a contrariar-, que la jurisprudencia según la cual el mero retraso no equivale a incumplimiento resolutorio no era de aplicación al derecho a exigir la devolución de las cantidades anticipadas por cualquier retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega o en la obtención de la licencia de primera ocupación. En otros términos, el retraso es esencial a los efectos de la ejecución de las garantías previstas por la Ley 57/1968, sin perjuicio de que las partes sigan discutiendo sobre la procedencia del incumplimiento resolutorio. La ley prefirió por considerar el plazo estipulado como un término esencial. En este orden de cosas, el incumplimiento resolutorio premisa de la garantía devolución de cantidades se producía incluso cuando habiéndose terminado la vivienda, no se había entregado en plazo o se había entregado o pretendido entregar sin haberse obtenido la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación [SSAP Málaga 23.10.2008 (JUR 2009, 64687) y Alicante 14.1.2009 (JUR 2009, 129797)].

La regulación vigente en esta materia era acorde con la situación existente hasta el año 2008. Ninguna sospecha podía tener entonces el Legislador de que la resolución implícita en la exigencia de restitución de cantidades obedeciera a un abuso oportunista del comprador. En efecto, en un mercado inmobiliario en plena escalada creciente de precios, el interés punitivo (6% en la Ley 57/1968 y con más razón el legal previsto por la DA Primera LOE) premiaba al infractor y dejaba al adquirente

en una situación de desventaja ante la pérdida de poder adquisitivo inmobiliario de las cantidades recuperadas.

Pero el castillo construido en el aire se derrumbó progresivamente entre los años 2006 y 2009, trienio en el que la cifra de compraventas de vivienda registradas se redujo a la mitad³ y la Asociación de Promotores y Constructores calculó un stock de 600.000 viviendas. El adquirente que había celebrado un contrato de vivienda sobre plano antes de resultar alcanzado por una posición de sobreendeudamiento, el comprador de vivienda que, independientemente de lo anterior, presencia consternado cómo las viviendas sobrantes de la misma promoción se vendían a precio de saldo, esperaba ahora cualquier mínimo retraso del promotor para resolver, ejecutando la garantía contra la entidad aseguradora o avalista, en la esperanza de recuperar un poder adquisitivo revalorizado en el actual mercado de stock inmobiliario.

Esta finalidad “espuria” es denunciada por la promotora demandada en la STS 8.11.2012 citada, a lo que el TS responde con una afirmación tan arriesgada como innecesaria: *“Aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla "rebus sic stantibus" (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica”*.

Las Audiencias Provinciales empezaron a negar la apariencia de buen derecho en las medidas cautelares solicitadas a tal fin (AAP Albacete, 16.11.2009), y no se hicieron esperar resoluciones finalmente desestimatorias de la pretensión de devolución en virtud del carácter no esencial del incumplimiento, v. gr. por retrasos en la obtención de la licencia de primera ocupación una vez la obra estaba terminada (STS 10.7.2012; JUR 2012,377711, y las allí citadas). En definitiva, también en el ámbito de la ejecución de las garantías por cantidades anticipadas se produjo una vuelta a la doctrina del incumplimiento esencial.

IV. El régimen del silencio administrativo y su relación con el incumplimiento del promotor.

³ De 1.000 D.O.N. a principios de 2006 se pasó a 455.162 a mediados de 2009. Las transmisiones de vivienda usada bajaron de 600.000 a 200.000 en el mismo período. Fuente: Estadística Registral del Colegio Nacional de Registradores de España (Informe 2010).

En la doctrina expuesta ya no es un elemento a valorar el régimen administrativo del silencio negativo en la concesión de licencias administrativas. En la actualidad se ha confirmado la regla, ya establecida por la Sala 3ª del TS en su sentencia de 28 de enero de 2009 (rec. 45/2007), de que no se puede obtener la licencia de primera ocupación por silencio positivo [art. 23.2 e) RD Ley 8/2011]. No cabe ya plantearse en sede de resolución contractual las cuestiones prejudiciales que en este sentido han ocupado largas páginas de las sentencias civiles dictadas en relación con este mismo objeto (por ejemplo, en las sentencias de primera instancia que reproducen las STS 10.7.2012 y 11.3.2013 citadas).

Esto es, obviando en este lugar todos los matices relacionados con esta cuestión, puede decirse que puesto que la falta de licencia de primera ocupación ya no es subsanable por la mera inactividad de la Administración. Y por lo tanto ya no cabe discutir si el régimen del silencio positivo juega en contra de la resolución pretendida. No puede exigirse al comprador que ha cumplido con sus obligaciones contractuales esperar a la denegación de la misma por parte del Ayuntamiento en los casos en que resulta patente que la misma no se concederá.

V. Conclusión

A mi juicio, la doctrina plasmada en las resoluciones que encabezan este comentario incorpora únicamente una importante matización consistente en la inversión de la carga de la prueba. Si en la doctrina del incumplimiento esencial es el adquirente el que, ante el retraso o cualquier otro incumplimiento no pactado como resolutorio, carga con las consecuencias de la falta de prueba de la frustración del contrato, en el caso de la falta de licencia de primera ocupación es el promotor-vendedor quien, ante el reconocido carácter esencial de la licencia de primera ocupación dentro del interés contractual del comprador, debe asegurarse de que resulta probado que se trata de una simple demora en la concesión que no obedece a obstáculos legales derivados de su concesión reglada.

Con todo, no creemos que la facilidad probatoria haya de traerse a colación para decidir la resolución contractual en los tres casos que fundamentan las sentencias objeto de esta nota. Es esencial el incumplimiento, con independencia de que se disipen o no por el vendedor las dudas sobre el cumplimiento de los requisitos para su concesión, cuando la licencia ni siquiera se había solicitado en el momento de instarse la resolución contractual (STS 10.9.2012) o cuando se obtiene siete años después de la entrega material cuando se han edificado otros elementos accesorios



www.uclm.es/centro/cesco

no reflejados en la misma, intentando que se admita su obtención en fase de casación (11.3.2012). Estas circunstancias de demora excesiva, unidas a la importancia de la licencia de primera ocupación dentro del sinalagma contractual, permiten por sí solas considerar probado un incumplimiento definitivo al que el comprador no está obligado a esperar.